HOUSE OF COMMONS
CANADA

# IMPROVING THE SUPREME COURT OF CANADA APPOINTMENTS PROCESS

## REPORT OF THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE, HUMAN RIGHTS, PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS

Derek Lee, M.P.
Chair

May 2004

The Speaker of the House hereby grants permission to reproduce this document, in whole or in part for use in schools and for other purposes such as private study, research, criticism, review or newspaper summary. Any commercial or other use or reproduction of this publication requires the express prior written authorization of the Speaker of the House of Commons.

If this document contains excerpts or the full text of briefs presented to the Committee, permission to reproduce these briefs, in whole or in part, must be obtained from their authors.

Also available on the Parliamentary Internet Parlementaire: http://www.parl.gc.ca

Available from Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada K1A 0S9

104-06469/

# IMPROVING THE SUPREME COURT OF CANADA APPOINTMENTS PROCESS

## REPORT OF THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE, HUMAN RIGHTS, PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS

Derek Lee, M.P.
Chair

May 2004

# STANDING COMMITTEE ON JUSTICE, HUMAN RIGHTS, PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS

**CHAIR**

Derek Lee

**VICE-CHAIRS**

Chuck Cadman

Paddy Torsney

**MEMBERS**

Hon. Sue Barnes
Garry Breitkreuz
Marlene Catterall
Hon. Yvon Charbonneau
Hon. Paul DeVillers
Hon. Stéphane Dion
Robert Lanctôt
Hon. Lawrence MacAulay
Peter MacKay
John Maloney
Richard Marceau
Hon. Lorne Nystrom
Pauline Picard
Kevin Sorenson
Vic Toews

**OTHER MEMBERS WHO PARTICIPATED IN THIS STUDY**

Joe Comartin
Richard Harris
Paul Harold Macklin

**OTHER MEMBERS WHO PARTICIPATED IN THIS STUDY DURING THE 2nd SESSION, 37th PARLIAMENT**

Hon. Hedy Fry
Marlene Jennings
Christian Jobin
John McKay
Pat O'Brien
Benoît Sauvageau
Hon. Andy Scott

**CLERKS OF THE COMMITTEE**

Diane Diotte
Jean-Philippe Brochu

**FROM THE PARLIAMENTARY RESEARCH BRANCH LIBRARY OF PARLIAMENT**

Robin MacKay, Analyst
Philip Rosen, Principal
Karen Hindle, Intern

# THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE, HUMAN RIGHTS, PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS

has the honour to present its

**FIRST REPORT**

Pursuant to Standing Order 108(2), the Committee proceeded to a study on the process by which judges are appointed to the Supreme Court of Canada. After hearing evidence, the Committee agreed to report to the House as follows:

# TABLE OF CONTENTS


INTRODUCTION ..... 1

WHAT THE COMMITTEE HAS DONE ..... 2

THE LEGAL BACKGROUND ..... 2

THE CURRENT APPOINTMENTS PROCESS ..... 3

INTERIM PROPOSALS ..... 4

LONG-TERM PROPOSALS ..... 6

APPENDIX A — LIST OF WITNESSES ..... 9

APPENDIX B — LIST OF BRIEFS ..... 11

DISSENTING OPINION — CONSERVATIVE PARTY OF CANADA ..... 15

DISSENTING OPINION — BLOC QUÉBÉCOIS ..... 17

DISSENTING OPINION — NEW DEMOCRATIC PARTY ..... 21

MINUTES OF PROCEEDINGS ..... 25

# IMPROVING THE SUPREME COURT OF CANADA APPOINTMENTS PROCESS

## INTRODUCTION

The Supreme Court of Canada has been in existence since 1875, when it was established by an Act of Parliament. It became Canada's final appellate court in 1949, when appeals to the Judicial Committee of the Privy Council of the United Kingdom were abolished.

Since its creation, the Supreme Court of Canada has played a central role in deciding upon the distribution of powers in the Canadian federation. The role of the Court has been enhanced since 1982 by the constitutional entrenchment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. One of the effects of this development in Canadian constitutional history has been to enhance the role played by courts at all levels in resolving legal issues. This is a function that the courts have always performed in Canada, but the constitutionalization of rights and freedoms has had the effect of augmenting this role.

In the last two decades, the courts have been called upon to address some of the most difficult and complex legal issues, often involving basic choices in values and priorities. As the final court of appeal in Canada, the Supreme Court has been deeply involved in resolving some of these issues. This has led to a vigorous debate about the respective roles played by legislative bodies and the courts in determining legislative and policy approaches and priorities. This debate is all the more important since the courts play a role in influencing legal policy formation, often requiring Parliament and the legislatures to respond to their decisions on constitutional and Charter-based issues.

Many witnesses said that excellent appointments have been made to the Supreme Court of Canada in the last several decades. The work of Canada's highest court is widely respected in Canada and throughout the world. The Committee concurs with this view.

The process, however, by which Justices are appointed to the Court is largely unknown and lacks credibility in the eyes of many. The Committee has been asked to address this issue, and develop proposals to render the appointments process more credible, especially through an appropriate role played by parliamentarians.

The challenge to the Committee has been to develop a new appointments process, while at the same time being respectful of the judicial independence so essential to the continued high esteem in which the Court is held. As participants in the

judicial/legislative collaboration required for effective legal policy development, parliamentarians have a central role to play in the appointments process. This report is based on that premise.

The witnesses (Appendix A) appearing before us and the Briefs we received (Appendix B) suggested a number of approaches that might be taken to allow Parliament to review Supreme Court appointments. These models propose a number of methods for improving the process and for assessing the candidates themselves. Our challenge was to develop proposals for enhancing the parliamentary goal of general oversight while also protecting the integrity of the Court and its ability to attract the most qualified candidates.

## WHAT THE COMMITTEE HAS DONE

On May 6, 2003, Motion M-288, proposed by Richard Marceau, M.P., which read: "That the Standing Committee on Justice and Human Rights study the process by which judges are appointed to Courts of Appeal and to the Supreme Court of Canada," was brought before the House. On October 1, 2003, the House gave unanimous consent to adopt this motion. Pursuant to this order of reference, on November 4, 2003 the Committee began its study on judicial appointments. Two meetings of the Committee on this issue were held during the Second Session of the 37th Parliament.

In the Third Session of the 37th Parliament, the newly reconstituted and renamed Committee resumed its study on judicial appointments. On December 12, 2003, the Prime Minister announced that the government would "specifically consult the Standing Committee on Justice and Human Rights on how best to implement prior review of appointments of Supreme Court of Canada judges." This commitment was reaffirmed on February 4, 2004 in the "Action Plan for Democratic Reform". This Action Plan states that the government will consult the appropriate parliamentary committees on how best to implement the prior review of Supreme Court of Canada appointments. On March 16, 2004, the Chair of the Committee received a letter from the Leader of the Government in the House, which referred to the Action Plan and requested that the Committee undertake a review of this issue and report to the House with recommendations as soon as possible. In the meetings held during the Third Session, therefore, the focus of the Committee's work shifted to examining exclusively appointments to the Supreme Court of Canada.

## THE LEGAL BACKGROUND

Section 101 of the *Constitution Act, 1867* provides Parliament with the authority to create a "General Court of Appeal for Canada". In 1875, Parliament did, in fact, establish such a court, and it is now governed by the *Supreme Court Act*. Section 4(2) of the Act provides that Justices of the Supreme Court are to be appointed by the Governor in Council by letters patent. Section 5 of the Act indicates that any person may be appointed a Justice of the Supreme Court who is or has been a judge of a Superior Court of a province or a barrister or advocate with at least ten years standing at the Bar of a

province. Section 6 requires that at least three of the Justices of the Supreme Court must come from Québec. By convention, three Justices are appointed from Ontario, two Justices are appointed from the West, and one Justice is appointed from Atlantic Canada. Justices hold office during good behaviour and can only be removed by the Governor General on address of the Senate and House of Commons. The mandatory retirement age from the Supreme Court is seventy-five.

## THE CURRENT APPOINTMENTS PROCESS

The Minister of Justice appeared before the Committee on March 30, 2004 to explain publicly for the first time the current process for selecting Supreme Court Justices. In his remarks, he described this process as "not so much secretive as ... unknown." In the interests of both transparency and accountability, therefore, he undertook to describe to the Committee the protocol of consultation that is now being used to select members of the Supreme Court. Given that the executive branch of government is responsible for selecting Supreme Court Justices, it seeks to engage in a comprehensive consultation process.

The Minister stated that the consultative process is comprised of two key steps. In the first step, the Minister of Justice identifies potential candidates. Such candidates typically sit on provincial Courts of Appeal, although names can also be drawn from senior members of the Bar or from academia. Any interested person may also put a name forward for consideration. The Minister specifically consults with the following individuals when assembling his or her list of candidates: the Chief Justice of the Supreme Court of Canada and sometimes the puisne judges, the Chief Justice(s) of the court(s) from the province or region with the vacancy, the Attorney(s) General of the province or region, and at least one senior member of the Canadian Bar Association and the law society from the relevant region. The Chief Justice of the Supreme Court of Canada is also consulted about the needs of the Court.

The Minister of Justice must then assess the candidates. The criteria for appointment may be classified under three main themes — professional capacity, personal characteristics, and diversity. Professional capacity encompasses not only proficiency in the law, but also the following considerations:

- Superior analytical and writing skills;
- The ability to listen and maintain an open mind;
- Decisiveness and soundness of judgement;
- The capacity to manage and share a heavy workload in a collaborative context;
- The capacity to manage stress and the pressures of the isolation of the judicial role;

- An awareness of social context;
- Bilingual capacity; and
- The specific legal expertise that may be required for the Supreme Court.

To assist in assessing professional capacity, the Department of Justice compiles jurisprudential profiles of the candidates. These profiles track the candidates' judicial decisions, focussing upon their precedent-setting value as well as the outcome of appeals of their decisions.

The Minister of Justice will also look to a candidate's personal characteristics. These characteristics should include: impeccable personal and professional ethics, honesty, integrity and forthrightness, respect and regard for others, patience, courtesy, tact, humility, impartiality, tolerance, personal sense of responsibility, common sense, punctuality, and reliability. Finally, the Minister of Justice keeps in mind the issue of diversity, as the Court's composition should reflect that of Canadian society as a whole.

The Minister of Justice discusses the candidates with the Prime Minister. There may also have been previous exchanges with the Prime Minister. A preferred candidate is then chosen. The Prime Minister, in turn, recommends a candidate to Cabinet and the appointment proceeds by way of an Order-in-Council.

**INTERIM PROPOSALS**

The Committee heard from a number of witnesses that Canada has been well served by its Supreme Court, which has an enviable reputation in the international legal community. Yet the Committee reached a consensus that, whatever the quality of judgements produced by the Supreme Court, the process by which Justices are appointed to that body is secretive or, at the very least, unknown to Canadians. This could lead to the perception that appointments may be based upon improper criteria. The Committee agreed that more credibility in the appointments process would be beneficial to the Supreme Court and lend it more legitimacy in the eyes of Canadians.

The pace of the Committee's work has been accelerated by the unexpected resignations of two Justices of the Supreme Court. Justice Arbour and Justice Iacobucci are scheduled to leave the Court in June 2004. In order to have a full bench of nine Justices for the fall sitting, it will be necessary to appoint two new Justices at some point in the summer of 2004 so as to give the new judges sufficient time to prepare for upcoming cases. To accommodate this timetable, it appears that the process for screening and selecting nominees to fill the current vacancies is well under way. This led

the Committee to the conclusion that, if there is insufficient time to put a new long-term process into place, an interim procedure should be established to shed as much light as possible on how the two new Justices were chosen.

The interim process favoured by the Committee for the current vacancies would see the Minister of Justice appear before it in a public session to explain the procedure by which the two appointees for the Supreme Court were selected. At such a meeting, and without revealing the contents of any private deliberations, the Minister would explain to parliamentarians and all Canadians who was consulted in the process of examining candidates, what investigations of the candidates were conducted, and the qualifications of the two appointees. This may involve, for example, an explanation as to what expertise was lost to the Supreme Court with the departure of Justices Arbour and Iacobucci, and how the new Justices fill any needs that may have been created. In the course of such a meeting, the Committee expects that further light will be shed on the appointments process and further understanding of the work of the Supreme Court will result. If these appointments are made at a time when parliamentary committees cannot meet, a mechanism could be developed to allow the Minister of Justice to give these explanations to parliamentarians and all Canadians.

**RECOMMENDATION 1**

**The Committee recommends that the Minister of Justice appear in public before the House of Commons Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness to explain the process by which the current vacancies on the Supreme Court were filled and the qualifications of the two appointees.**

When the Minister of Justice appeared before the Committee on March 30, 2004, and explained the process by which Supreme Court Justices are selected, this was the first time that it had been made public. Canadians had their first opportunity to learn who is consulted about Supreme Court appointments and the criteria by which candidates are assessed for their fitness to be a Justice. This furthering of public knowledge can be enhanced by the publication of a document by the Government of Canada setting out the current consultation process.

**RECOMMENDATION 2**

**The Committee recommends that the Government of Canada publish a document setting out the current process by which Supreme Court Justices are appointed.**

## LONG-TERM PROPOSALS

For the longer-term, the Committee heard from a number of witnesses who cited a need to improve the process by which Justices are appointed to the Supreme Court. Many of them urged the Committee to use caution and take the time necessary to formulate any changes to the current appointments process. In developing its proposals, the Committee has taken this advice seriously. To that end, the proposals contained in this report will require further study.

Some witnesses appearing before us expressed a belief that more provincial input is needed. We also heard a strong desire to maintain judicial independence. In addition, some of our witnesses expressed the wish to maintain confidentiality in the process for two main reasons: to encourage the best candidates to come forward, and to allow for the assessment of candidates to be as frank and fair as possible. Many witnesses made a clear distinction between the transparency of the process and the confidentiality of the deliberations.

The Committee heard from witnesses on the system currently in place to appoint judges to the Federal Court of Canada, the Tax Court of Canada, and the federally appointed judges of the provincial and territorial Superior Courts. Under this process, prospective judges apply directly to the Judicial Appointments Secretariat of the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. Each application is vetted by one of the sixteen Advisory Committees on Judicial Appointments, with a minimum of one committee located in every province and territory. The Commissioner for Federal Judicial Affairs said that this appointments system was initially created to provide the Minister of Justice with "broadly based and objective advice about [applicants'] qualifications for appointment".

Every Advisory Committee on Judicial Appointments is composed of seven members, each of whom volunteers his or her time: one representative from the provincial or territorial law society or bar association; one representative from the province or territory's branch of the Canadian Bar Association; one judge nominated by the Chief Justice or other senior judge of the province or territory; a representative of the province or territory's Attorney General or Minister of Justice; and three nominees (or "lay persons") chosen by the federal Minister of Justice. Members serve on the Advisory Committee for a two-year term, which can be renewed only once.

The Advisory Committees conduct extensive assessments of candidates not already on the bench, reviewing the applicants' files, as well as consulting with many members of the legal and non-legal communities. Applicants are assessed against a set of criteria. The Advisory Committees then place each applicant into one of three categories — "recommended", "highly recommended" and "unable to recommend" for appointment. These assessments are confidential and can only be seen by the Minister of Justice, who can use them to make the necessary appointments.

The Committee has concluded that an advisory committee should be established to replace the current process of consultations carried out under the aegis of the Minister of Justice. Such a committee would be formed on an ad hoc basis to fill vacancies on the Supreme Court as they arise. At the beginning of the process, the advisory committee would compile a list of candidates from the relevant province or region. The sources of this list would be varied — the Government of Canada, the provinces, and other sources, which may include applications from interested candidates and nominations. The emphasis at the beginning of the process would be to seek out the most comprehensive possible list of candidates, taking into account a wide variety of views. It is expected that this would produce a pool of highly competent candidates that is reflective of the diversity of the people of Canada.

The work of the advisory committee would then be to reduce this confidential list to a short list of three to five candidates to be forwarded to the Minister of Justice. In preparing a short list, a wide process of consultation would take place, encompassing at least the consultations currently undertaken by the Minister of Justice. Based on our work to date, we would not support the interviewing of candidates but, rather, a process of file review only. Further study of the consultation process is required.

The composition of the advisory committee would strive to reflect a broad spectrum of opinion, while remaining small enough to be a manageable body capable of reaching a consensus on well-qualified candidates. The Committee believes that the advisory committee should be composed of one representative from each of the parties with official standing in the House of Commons, representation from the provinces, members of the judiciary, members of the legal profession, and lay members. Input from the Chief Justice of Canada as to the needs of the Court should be sought. The deliberations of the advisory committee would remain confidential so as to allow for the widest possible range of discussion. The details of the composition of the advisory committee will require further study.

The short list would be forwarded, in confidence, to the Minister of Justice and the final choice will be made. The current constitutional responsibilities would remain in place so that the best candidate would be selected from this confidential list by the Governor in Council and appointed by Order-in-Council. If the Governor in Council did not wish to appoint any of the individuals on the short list, a new short list would be prepared by the advisory committee. Once the appointment to the Court had taken place, the Chair of the advisory committee and/or the Minister of Justice would be invited to appear before the House of Commons Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness. This appearance would be in a public session and would serve two main purposes: to make Canadians more aware of the appointments process and constitute an appropriate forum for parliamentary scrutiny.

**AT THIS TIME, OUR RECOMMENDATIONS (3 TO 8) FOR A LONG-TERM PROCESS ARE THE FOLLOWING:**

**RECOMMENDATION 3**

**The Committee recommends that an advisory committee be established as required to compile and assess lists of candidates for vacancies on the Supreme Court of Canada.**

**RECOMMENDATION 4**

**The Committee recommends that the advisory committee be composed of one representative of each of the parties with official standing in the House of Commons, representation from the provinces, members of the judiciary and the legal profession, and lay members.**

**RECOMMENDATION 5**

**The Committee recommends that the advisory committee compile lists of candidates from a variety of sources, including the Government of Canada, the provinces, and other appropriate sources.**

**RECOMMENDATION 6**

**The Committee recommends that the deliberations of the advisory committee be conducted in private and in confidence to encourage the widest possible spectrum of candidates and open discussion within the advisory committee concerning those candidates.**

**RECOMMENDATION 7**

**The Committee recommends that the advisory committee provide the Minister of Justice with a confidential short list of candidates from which a Supreme Court of Canada Justice may be selected.**

**RECOMMENDATION 8**

**The Committee recommends that, once an appointment has been made by the Governor in Council from the list provided by the advisory committee, the Chair of the advisory committee and/or the Minister of Justice appear before the House of Commons Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness to explain the process by which the appointee was selected and that person's qualifications.**

# APPENDIX A
# LIST OF WITNESSES

| Associations and Individuals | Date | Meeting |
|---|---|---|
| **2nd SESSION, 37th PARLIAMENT** | | |
| **House of Commons** | 04/11/2003 | 78 |
| Richard Marceau, Charlesbourg—Jacques-Cartier | | |
| **As Individual** | 06/11/2003 | 79 |
| Edward Ratushny, Professor, Faculty of Law, Common Law Section, University of Ottawa | | |
| **3rd SESSION, 37th PARLIAMENT** | | |
| **As Individuals** | 23/03/2004 | 4 |
| Christopher Manfredi, Full Professor, Department of Political Science, McGill University | | |
| Peter Russell, Professor, Political Science, University of Toronto | | |
| Lorraine Weinrib, Professor, Faculty of Law, University of Toronto | | |
| Jacob Ziegel, Professor of Law Emeritus, Faculty of Law, University of Toronto | | |
| **Department of Justice** | 24/03/2004 | 5 |
| Judith Bellis, General Counsel | | |
| Marc Giroux, Judicial Affairs Advisor | | |
| **Barreau du Québec** | 25/03/2004 | 6 |
| Carole Brosseau, Lawyer, Research and Legislation Service | | |
| Denis Jacques, Lawyer | | |
| **Canadian Bar Association** | | |
| William Johnson, President | | |
| Tamra Thomson, Director, Legislation and Law Reform | | |
| **Law Society of Upper Canada** | | |
| James Caskey, Co-Chair, Standing Committee on Government Relations and Public Affairs | | |
| Julian Porter, Co-Chair, Standing Committee on Government Relations and Public Affairs | | |

| Associations and Individuals | Date | Meeting |
|---|---|---|
| **Department of Justice** | 30/03/2004 | 7 |
| Judith Bellis, General Counsel | | |
| Hon. Irwin Cotler, Minister | | |
| Marc Giroux, Judicial Affairs Advisor | | |
| **As Individual** | 30/03/2004 | 8 |
| Claire L'Heureux-Dubé, Judge of the Supreme Court of Canada (retired) | | |
| **As Individuals** | 01/04/2004 | 9 |
| Allan Hutchinson, Professor, Osgoode Hall Law School, York University | | |
| Peter McCormick, Professor and Chair, Department of Political Science, University of Lethbridge | | |
| F.L. Morton, Professor, Department of Political Science, University of Calgary | | |
| **Canadian Council of Criminal Defence Lawyers** | 20/04/2004 | 10 |
| William Trudell, Chair | | |
| **As Individuals** | | |
| Kate Malleson, Senior Lecturer in Law, London School of Economics | | |
| Judith Resnik, Arthur Liman Professor of Law, Yale University | | |
| **As Individual** | 27/04/2004 | 12 |
| Patrick Monahan, Dean, Osgoode Hall Law School, York University | | |
| **Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs** | 28/04/2004 | 13 |
| David Gourdeau, Commissioner for Federal Judicial Affairs | | |
| Margaret-Rose Jamieson, Judicial Appointments Secretary | | |

# APPENDIX B
# LIST OF BRIEFS

B.C. Civil Liberties Association

Barreau du Québec

Canadian Association of Black Lawyers

Canadian Bar Association

Canadian Council of Criminal Defence Lawyers

Federation of Law Society of Canada

Hogg, Peter

Indigenous Bar Association

Law Society of Upper Canada

Monahan, Patrick

Morton, F.L. (Ted)

Nystrom, Hon. Lorne

Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs

Pongray, Michael

Resnik, Judith

Russell, Peter

The Advocates' Society

Wells, Peter E.J.

Ziegel, Jacob S.

A copy of the relevant Minutes of Proceedings (*Meetings Nos. 78 and 79 of the 2nd Session, 37th Parliament, and Meetings Nos. 4 to 16 of the 3rd Session of the 37th Parliament*) is tabled.

Respectfully submitted,

Derek Lee, M.P.
Chair

# REFORM OF THE SUPREME COURT OF CANADA APPOINTMENTS PROCESS

## DISSENTING REPORT

**GARRY BREITKREUZ, MP**
**CHUCK CADMAN, MP, VICE-CHAIR**
**PETER MACKAY, MP**
**KEVIN SORENSON**
**VIC TOEWS, MP**

**May 5, 2004**

Parliament and the legislatures are no longer the only bodies involved in legal policy making, if they ever were. The courts play a leading role in legal policy formation, often requiring Parliament and the legislatures to respond to their decisions by incorporating their interpretations of the law or responding to them.

Parliament and the courts, especially the Supreme Court of Canada, are sometimes viewed as partners and collaborators in the development of law and legal policy in Canada. Parliamentarians, however, are accountable to Canadians for their participation in this partnership. Supreme Court Justices, however, are not so accountable, at least in terms of being subject to the electoral process.

The Conservative Party of Canada (CPC) does not believe that the eight recommendations made by the Committee in its main report are sufficient. The CPC submits that the process for all future appointments, including the next two Supreme Court Judges, requires a greater degree of transparency. It is for this reason that the CPC makes the following recommendations for all future Supreme Court of Canada appointments.

**RECOMMENDATION 1**

**There must be substantive input from all the provinces and territories into the compilation of a list of suitable Supreme Court of Canada nominees. The input from the provinces and territories at this stage can be confidential and does not need to be made public.**

**RECOMMENDATION 2**

**There must be a public review of a short list of the nominees before a parliamentary committee.**

**RECOMMENDATION 3**

**There must be Parliamentary ratification of the chosen nominee. The form of ratification must not infringe on the constitutional right of the Governor-in-Council to make the actual appointment.**

**RECOMMENDATION 4**

**Amendments to legislation must be made so that the appointment process becomes mandated.**

# DISSENTING OPINION BY THE BLOC QUÉBÉCOIS

## AN END TO UNFETTERED DISCRETION

On October 1, 2003, the House of Commons unanimously passed Motion M-228 sponsored by the member for Charlesbourg—Jacques Cartier, Richard Marceau, which provided "*That the Standing Committee on Justice and Human Rights study the process by which judges are appointed to Courts of Appeal and to the Supreme Court of Canada*". It is noteworthy that, at the start of debate on May 6, 2003, the Liberal Party had opposed it, but then changed its mind.

This about-face resulted from public pressure on the Liberals to increase the transparency of the process of appointing judges to the Supreme Court of Canada and the courts of appeal.

The debate is not new in Canada, but its urgency is growing. Justice must not only be done; it must appear to be done. The current process followed in the appointment of judges is in direct conflict with the principle, and the appearance of justice is accordingly lessened. To some extent, it is up to parliamentarians to promote public confidence in our institutions and in the judicial system. In view of the courts' increased importance today, in part due to their increased functions through the *Canadian Charter on Rights and Freedoms* and the *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* alone, and their involvement in such social issues as same sex marriage, native claims, decriminalization of marijuana, etc, any connection between the legal and the political is to be avoided at all cost.

This is a strong argument in favour of reviewing the process of appointing judges and making it more democratic. The process must be objective and free of any hint of political bias.

As Professor Peter Russell said on March 23, 2004, "Canada is the only constitutional democracy in the world in which the leader of government has an unfettered discretion to decide who will sit on the country's highest court."[1]

---

[1] RUSSELL, Peter, A Parliamentary Approach to Reforming the Process of Filling Vacancies on the Supreme Court of Canada, Brief to the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, March 23, 2004, p. 1.

**First point of consensus: the existing process must be changed**

At present, there is broad and growing consensus that changes are required to the current process. One witness held that "Canada now has an American-style Supreme Court with a British-style appointments system".[2]

Some MPs were quite surprised by the informality of consultation in the current process. Of course the Minister of Justice does consult, but is not obliged to do so. He also chooses the people he consults. There are no rules, and the current Minister of Justice, Irwin Cotler, elicited some surprise in describing the present process to the Committee when he said that he could not guarantee the process he was describing was followed to the letter!

**Second point of consensus: a role for MPs**

As judges are appointed permanently until they reach the mandatory retirement age of 75 and can significantly change the legal framework of the country by repealing legislation adopted by Parliament or rendering it inoperative, most witnesses felt that MPs should be formally involved in the appointment examination process. Therefore, what must be determined is not whether parliamentarians should have a role but the scope of their role.

**Third point of consensus: a role for the provinces**

The witnesses agreed in their observations on the formal role of the provinces in the make-up of Canada's highest court. The source of this view is the federal government's frequent appearance of being both judge and jury.

Indeed, in a debate on the division of powers (inevitable in a federal system), the appointment of judges at the discretion of the Prime Minister flies in the face of the principle set out above regarding justice and the appearance of justice. Professor Jacob Ziegel could not have been clearer in this regard: "The Prime Minister is in a position of conflict when he fills vacancies on the Supreme Court. This is because the federal government is the most frequent litigator before the Court and the Prime Minister is the most senior member of the federal government involved in the litigation.[3] That is patently obvious. Who involved in litigation would permit someone appointed by the opposing party alone to rule on the matter?

---

[2] MORTON, F.L. (Ted), Judicial Appointments in post-Charter Canada: A System in Transition, Brief to the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, April 1, 2004, p. 1.

[3] ZIEGEL, Jacob, Statement by Professor Jacob Ziegel before the House of Commons Standing Committee on Justice on the selection process for appointments to the Supreme Court of Canada, Tuesday, March 23, 2004, p. 2.

**A note of discord: a public or private process?**

The seemingly main stumbling block in this debate is the relevance of developing the appointment process along entirely public lines. In this regard, the American example comes immediately to mind.

The Senate hearings in connection with the appointment of justices Robert Bork and Clarence Thomas to the U.S. Supreme Court had a very negative impact.

A number of people also feel that public hearings could eliminate high quality candidates who do not want to be subject to such interrogation for personal reasons, naturally, and for basically professional considerations. We can readily imagine the torment of a lawyer in a large firm at the thought that his partners have learned he is considering leaving the practice.

From a different perspective, the public has the right to know more about judges than just their legal qualifications. Because each takes a personal approach to the law, it is logical to assume that certain, more delicate, issues of a social or philosophical nature may be interpreted differently according to the judge's ideological leanings.

Others feel we are entitled to expect persons in the important position of justice of the Supreme Court to justify their thinking or at least defend it publicly. Accordingly, meetings and debate in a well-structured context would be a healthy approach for candidate examination. The context of the questioning and the limits of what is reasonable must therefore be properly defined.

**And the solution?**

A province (or a region) could submit a list of potential candidates for judgeships from among whom the appointment is to be made. This is a way to avoid unilateral appointments by the federal government.

The Bloc is highly critical of the Liberal MPs' rejection of this new proposal, which is in fact a formal request by the Government of Quebec, recently reiterated by Premier Jean Charest, the head of the most federalist government in Quebec's recent history. He basically restated the position taken by his minister of Canadian intergovernmental affairs, Benoît Pelletier, who was chairing the Comité spécial du Parti libéral du Québec sur l'avenir politique et constitutionnel de la société québécoise, that the provinces could be asked to submit lists of candidates to the Government of Canada from which appointments to the Supreme Court would be made.[4]

---

[4] Comité spécial du Parti libéral du Québec sur l'avenir politique et constitutionnel de la société québécoise, final report, "Un projet pour le Québec affirmation, autonomie et leadership", October 2001.

The Supreme Court would of course have to maintain its ratio of three justices from Quebec.

Member participation could be arranged with the establishment of an advisory committee to be chaired by the Chief Justice of the Supreme Court in order to evaluate candidates. The committee could include an MP from each of the parties recognized in the House of Commons, a delegate from the Bar of the province concerned (or the Bars of the provinces in the region), the chief justice of the province concerned (or the chief justices of the provinces in the region) and two representatives of the public not part of the legal community.

The committee could thus review the candidates from their files or if necessary in an in camera interview and submit its recommendations to the Prime Minister. Public participation would thus ensure inclusion of a viewpoint from outside the field of law.

The Prime Minister would then choose a candidate from the advisory committee's short list. The chair of this committee and / or the Minister of Justice would report the appointment publicly to the House of Commons Standing Committee on Justice.

Furthermore, as the *Supreme Court of Canada Act* establishes quorum as five judges, we think the two current vacancies that need to be filled should be filled according to the process described above, even though it could mean further delay.

**In conclusion**

The judicial system and the administration of justice lie at the heart of a democracy. The system is even more vital in a federal system such as Canada, in part because of its Charter. The proposal set out above reflects this fact and would be an appropriate response to the requirements of transparency, rigour, democracy and participation by parliamentarians and the components of the federation — the provinces.

The trend of the political climate is to favour democratization of institutions: it will take a bold means of modernization. It is high time the outdated unfettered discretionary powers of the executive were reined in. The Prime Minister's exclusive power to appoint justices to the Supreme Court and appeal courts is no longer appropriate. We have before us an opportunity to modernize the system; let us act on it.!

# NEW DEMOCRATIC PARTY DISSENTING OPINION ON REFORM OF THE SUPREME COURT OF CANADA APPOINTMENTS PROCESS

The NDP dissents on several aspects of the Report of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness on reform of the appointment process to the Supreme Court of Canada. Our dissenting points focus on enhancing the open, transparent and democratic nature of the process, and on clarifying in more detail how the processes, both interim and long-term, will operate.

## 1. Constitutional Parameters of the debate

The "Legal Background" section of the Committee report omits to mention the constitutional debate that determines the parameters of potential reform. Briefly stated, the arguments in the debate are as follows:

The *Supreme Court Act*, in section 4, states that appointments to the Supreme Court must be made by the Governor-in-Council. The *Supreme Court Act* is not technically part of the Canadian constitution. However, s. 41(*d*) of the *Constitution Act, 1982* states that any amendment to "the composition of the Supreme Court of Canada" requires unanimous consent of the federal and provincial legislatures, while s.42(*d*) states that any amendment to "the Supreme Court of Canada" must be accomplished following the 7/50 formula. This would appear to imply that any substantial changes to the *Supreme Court Act* would require constitutional amendment. However, there is some academic debate on this point — it is not even certain that ss. 41 and 42 of the *Constitution Act, 1982* can apply to the *Supreme Court Act*, as they are supposed to apply exclusively to "the Constitution of Canada", of which the *Supreme Court Act* is not technically a part.

This constitutional question probably cannot be resolved without, ironically enough, a reference to the Supreme Court of Canada. In the absence of this, the safest route to follow is to assume that no change to the *Supreme Court Act* is possible without constitutional amendment. This means that the final decision on appointments must continue to rest with the Governor-in-Council. Thus, suggestions such as binding Parliamentary confirmation hearings or a Parliamentary veto can be presumed to be unconstitutional. This report is written on that assumption, with the caveat that the constitutional question has never been firmly resolved.

## 2. Appearance of the Minister of Justice before the Justice Committee

We agree that the Minister of Justice should appear before the Justice Committee in order to explain the consultation process and the reasons for his/her choice, both in the case of the "short-term" process to be used for the next two appointments and once the long-term process of the Advisory Committee has been fully implemented.

However, we insist that **the Minister's appearance should take place *before* the actual appointment is made** by the Governor-in-Council, not *after* the candidate has been appointed. The reason for this is that, if ever the committee should find that the Minister has not followed due process or exercised due diligence in making his/her choice, there must be a window for this finding to have an actual effect on the appointment of the candidate in question. If the Minister appears in an *ex post facto* hearing, there is no longer any reasonable possibility of the Committee's finding affecting the appointment, as appointed judges remain in office "during good behaviour". Although we recognize that the authority to appoint Supreme Court judges is constitutionally vested in the Governor-in-Council, so any finding of the committee can only be advisory in nature, it is nevertheless imperative that the Governor-in-Council have the opportunity to accept or reject the Committee's advice, rather than simply receiving this advice after the fact.

By having the Minister of Justice appear before the appointment is made, we would enhance the democratic nature of the appointment process by ensuring that Parliamentary scrutiny could legitimately affect the process when circumstances warrant.

It has been suggested that requiring an *a priori* appearance by the Minister might hamper the appointments process, in the case where at appointment must be made while Parliament is not sitting. It should be noted that this problem might arise if there is a federal election in June 2004. However, if this case should indeed arise, the Prime Minister can simply convene an *ad hoc* committee of Parliamentarians to temporarily fill the Justice Committee's role. The timing of the appointments, not to mention the timing of a federal election, must not be allowed to interfere with the democratic nature of the appointments process that we are establishing.

## 3. Composition and Functioning of the Advisory Committee

In our opinion, we must be more clear and precise in terms of the composition and functioning of the Advisory Committee that will screen potential candidates to the Supreme Court. Although the report states that "further study is needed" on this point, it is unrealistic to expect this issue to return to the Justice Committee in the near future. It is therefore of paramount importance to outline certain parameters for the committee at this stage.

First, the Parliamentarians who sit on the Advisory Committee must be Members of the House of Commons, and not Senators. The point of having Parliamentarians on this committee is to increase the democratic nature of the appointments process, and this purpose would not be served by having unelected Senators on the Advisory Committee.

Second, the provincial representation on the committee is essential, but we must specify that this representation should come from the region from which the judge will be drawn. To have representatives from each province on the committee would needlessly increase the size of the committee, and would serve no useful purpose.

Thirdly, it should be specified that the Advisory Committee will not operate on the principle of unanimous consent, but on that of majority opinion. To require unanimous consent would be to give a "veto" over candidates to every political party, and indeed, to every member of the committee, which is an undesirable and undemocratic outcome.

**4. Review of the Advisory Committee process**

The NDP would like to emphasize that the steps being taken right now by the government are not necessarily the final word on the modification of the judicial appointment process in Canada. We believe that the establishment of an Advisory Committee is a necessary, positive and long-overdue modification to the current process. Furthermore, we agree that a more dramatic reform of the process would, at this point, be premature.

We do not want to make any move that will threaten the judges' ability to make independent and impartial decisions, that will make the process vulnerable to political manipulation, or that will go down the road of a U.S.-style political circus, as some would want us to.

However, we feel that it is important to underline that we must carefully monitor the functioning of the system we are currently putting in place in order to make sure that it is achieving the stated goal of making the appointment process more open, democratic, and comprehensible to Canadians. If this is not the case, then we must re-examine the process without delay and proceed by incremental steps towards a still more open, transparent and accessible method of appointment.

For this reason, we insist that the long-term, "Advisory Committee" process should be reviewed by the Justice Committee after it has been used once in the appointment of a Supreme Court Justice. At this point, the Committee can evaluate the functioning of the process and make any necessary modifications, or else design a new process altogether that will better reflect the democratic values that we are seeking to protect.

Ottawa, May 5, 2004
Lorne Nystrom M.P.
NDP Justice critic

# MINUTES OF PROCEEDINGS

Tuesday, May 4, 2004
(*Meeting No. 16*)

The Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness met *in camera* at 3:58 p.m. this day, in Room 308 West Block, the Chair, Derek Lee, presiding.

*Members of the Committee present*: Hon. Sue Barnes, Hon. Yvon Charbonneau, Hon. Paul DeVillers, Hon. Stéphane Dion, Derek Lee, Hon. Lawrence MacAulay, John Maloney, Richard Marceau, Hon. Lorne Nystrom and Paddy Torsney.

*In attendance*: *Library of Parliament*: Philip Rosen, Principal Analyst; Robin MacKay, Analyst.

Pursuant to Standing Order 108(2), the Committee resumed its study of the process by which judges are appointed to the Supreme Court of Canada.

It was agreed, — That the Committee authorize the printing of dissenting and/or supplementary opinions as appendices to this report, provided that they are not more than seven (7) pages in length and received by the Clerk by electronic mail, in both official languages, no later than 6:00 p.m. on Wednesday, May 5, 2004.

It was agreed, — That the draft report, as amended, be adopted.

It was agreed, — That the report be entitled: Improving the Supreme Court of Canada Appointments Process.

It was agreed, — That the Chair, Clerk and Analysts be authorized to make such grammatical and editorial changes as may be necessary without changing the substance of the report.

It was agreed, — That the Committee print 550 copies of the Report in a bilingual format.

It was agreed, — That the Chair or a designate present the First Report to the House.

It was agreed, — That the Committee commence consideration of Bill C-19 next week.

At 5:19 p.m., the Committee adjourned to the call of the Chair.

Diane Diotte
Clerk of the Committee

CHAMBRE DES COMMUNES
CANADA

# AMÉLIORER LA PROCÉDURE DE NOMINATION DES JUGES DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

## RAPPORT DU COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE, DES DROITS DE LA PERSONNE, DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE

**Derek Lee, député**
**Président**

**Mai 2004**

Le Président de la Chambre des communes accorde, par la présente, l'autorisation de reproduire la totalité ou une partie de ce document à des fins éducatives et à des fins d'étude privée, de recherche, de critique, de compte rendu ou en vue d'en préparer un résumé de journal. Toute reproduction de ce document à des fins commerciales ou autres nécessite l'obtention au préalable d'une autorisation écrite du Président.

Si ce document renferme des extraits ou le texte intégral de mémoires présentés au Comité, on doit également obtenir de leurs auteurs l'autorisation de reproduire la totalité ou une partie de ces mémoires.

Les transcriptions des réunions publiques du Comité sont disponibles par Internet : http://www.parl.gc.ca

En vente : Communication Canada — Édition, Ottawa, Canada K1A 0S9

# AMÉLIORER LA PROCÉDURE DE NOMINATION DES JUGES DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

## RAPPORT DU COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE, DES DROITS DE LA PERSONNE, DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE

**Derek Lee, député**
**Président**

**Mai 2004**

# COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE, DES DROITS DE LA PERSONNE, DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE

**PRÉSIDENT**

Derek Lee

**VICE-PRÉSIDENTS**

Chuck Cadman
Paddy Torsney

**MEMBRES**

L'hon. Sue Barnes
Garry Breitkreuz
Marlene Catterall
L'hon. Yvon Charbonneau
L'hon. Paul DeVillers
L'hon. Stéphane Dion
Robert Lanctôt
L'hon. Lawrence MacAulay
Peter MacKay
John Maloney
Richard Marceau
L'hon. Lorne Nystrom
Pauline Picard
Kevin Sorenson
Vic Toews

**AUTRES DÉPUTÉS QUI ONT PARTICIPÉ À CETTE ÉTUDE**

Joe Comartin
Richard Harris
Paul Harold Macklin

**AUTRES DÉPUTÉS QUI ONT PARTICIPÉ À CETTE ÉTUDE PENDANT LA 2e SESSION DE LA 37e LÉGISLATURE**

L'hon. Hedy Fry
Marlene Jennings
Christian Jobin
John McKay
Pat O'Brien
Benoît Sauvageau
L'hon. Andy Scott

**GREFFIERS DU COMITÉ**

Diane Diotte
Jean-Philippe Brochu

**DE LA DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE DE LA BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT**

Robin MacKay, analyste
Philip Rosen, analyste principal
Karen Hindle, stagiaire

# LE COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE, DES DROITS DE LA PERSONNE, DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE

a l'honneur de présenter son

## PREMIER RAPPORT

Conformément au paragraphe 108(2) du Règlement, le Comité a procédé à une étude sur le processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada. Après avoir entendu les témoignages, le Comité a convenu de présenter le rapport suivant à la Chambre :

# TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION ..... 1

LES ACTIVITÉS DU COMITÉ ..... 2

LE CONTEXTE JURIDIQUE ..... 3

LA PROCÉDURE DE NOMINATION ACTUELLE ..... 3

LES MESURES PROVISOIRES PROPOSÉES ..... 4

LES MESURES À LONG TERME PROPOSÉES ..... 6

ANNEXE A — LISTE DES TÉMOINS ..... 11

ANNEXE B — LISTE DES MÉMOIRES ..... 13

OPINION DISSIDENTE — PARTI CONSERVATEUR DU CANADA ..... 17

OPINION DISSIDENTE — BLOC QUÉBÉCOIS ..... 19

OPINION DISSIDENTE — NOUVEAU PARTI DÉMOCRATIQUE ..... 25

PROCÈS-VERBAL ..... 29

# AMÉLIORER LA PROCÉDURE DE NOMINATION DES JUGES DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

## INTRODUCTION

Créée par une loi du Parlement, la Cour suprême du Canada existe depuis 1875. Elle est devenue la cour d'appel ultime du Canada en 1949, lorsque les appels au Comité judiciaire du Conseil privé du Royaume-Uni ont été abolis.

Depuis sa création, la Cour suprême du Canada joue un rôle de premier plan dans la détermination de la répartition des pouvoirs au sein de la fédération canadienne. Son rôle a pris une nouvelle importance en 1982 avec l'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la Constitution. Cette nouvelle étape de l'évolution constitutionnelle du Canada a eu pour effet, entre autres, d'accroître le rôle des tribunaux, à tous les niveaux, dans le règlement des questions d'ordre juridique. C'est une fonction que les tribunaux ont toujours exercée au Canada, mais la constitutionnalisation des droits et libertés des Canadiens a élargi leur rôle sous ce rapport.

Au cours des vingt dernières années, les tribunaux ont été appelés à aborder certaines des questions juridiques les plus difficiles et les plus complexes et à rendre des décisions en respectant certaines valeurs et priorités. À titre de tribunal d'appel ultime du Canada, la Cour suprême est profondément engagée dans la résolution de certaines de ces questions. Cela a donné lieu à un vigoureux débat sur les rôles respectifs des corps législatifs et des tribunaux dans la détermination des perspectives et des priorités législatives et stratégiques, un débat d'autant plus important du fait que les tribunaux, en obligeant le Parlement et les législatures à tenir compte de leurs jugements relativement à des questions se rapportant à la Constitution ou à la Charte, contribuent d'une certaine manière à l'élaboration des grandes orientations juridiques.

De nombreux témoins ont affirmé que d'excellents juges ont été nommés à la Cour suprême dans les dernières décennies. Le travail de la plus haute cour du pays est respecté au Canada ainsi que dans le monde entier. Le Comité est tout à fait d'accord avec ce point de vue.

Par contre, le processus de nomination des juges à la Cour suprême est généralement inconnu et manque de crédibilité aux yeux de bien des gens. Le Comité a été chargé d'aborder cette question et de proposer des mesures, notamment une participation des parlementaires dans un rôle approprié, qui permettraient de rendre ce processus plus crédible.

Il s'agissait pour le Comité de formuler un nouveau processus de nomination tout en respectant l'indépendance judiciaire si indispensable au maintien de l'estime dont jouit actuellement la Cour. À titre de participants à la collaboration judiciaire/législative nécessaire à l'élaboration d'une politique juridique efficace, les parlementaires ont un rôle central à jouer dans le processus de nomination. C'est sur cette prémisse que s'appuie notre rapport.

Les témoins (annexe A) qui se sont adressés à nous et les mémoires que nous avons reçus (annexe B) ont fait état d'un certain nombre de mesures grâce auxquelles le Parlement pourrait revoir les nominations à la Cour suprême. On nous a proposé des moyens d'améliorer le processus et même d'évaluer les candidats. Le Comité avait pour tâche de formuler des propositions en vue de permettre au Parlement d'assurer une surveillance générale du processus, conformément à son objectif, tout en préservant l'intégrité de la Cour et sa capacité d'attirer les candidats les plus compétents.

## LES ACTIVITÉS DU COMITÉ

Le 6 mai 2003, le député Richard Marceau a présenté à la Chambre la motion M-288, qui se lisait comme suit : « Que le Comité permanent de la justice et des droits de la personne étudie le processus de nomination des juges aux Cours d'appel et à la Cour suprême du Canada. » Le 1er octobre 2003, la Chambre adoptait la motion à l'unanimité. Conformément à l'ordre de renvoi pris à ce moment-là, le Comité entreprenait, le 4 novembre 2003, l'examen du processus de nomination des juges. Le Comité s'est réuni à deux reprises à ce sujet au cours de la deuxième session de la 37e Législature.

C'est au cours de la troisième session de la 37e Législature, que le Comité, nouvellement reconstitué et renommé, a repris l'examen du processus de nomination des juges. Le 12 décembre 2003, le premier ministre faisait l'annonce suivante : « Le gouvernement consultera expressément le Comité permanent de la justice et des droits de la personne pour convenir de la meilleure manière d'effectuer l'examen préalable des nominations des juges de la Cour suprême du Canada. » Cet engagement a été réaffirmé le 4 février 2004 dans le plan d'action pour la réforme démocratique, lequel prévoit que le gouvernement consultera les comités parlementaires compétents pour déterminer le meilleur moyen d'instaurer le système d'examen préalable des nominations des juges de la Cour suprême du Canada. Le 16 mars 2004, le président du Comité recevait une lettre du leader du gouvernement à la Chambre, qui, se reportant au plan d'action, demandait au Comité d'entreprendre l'examen de cette question et de rendre compte à la Chambre pour lui recommander des mesures aussitôt que possible. Au cours des réunions qui ont eu lieu durant la troisième session, le Comité s'est donc exclusivement attaché à examiner le processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada.

## LE CONTEXTE JURIDIQUE

L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que le Parlement a le pouvoir de créer « une cour générale d'appel pour le Canada ». En fait, c'est en 1875 que le Parlement a créé un tribunal de cette sorte, lequel est aujourd'hui régi par la *Loi sur la Cour suprême*. Le paragraphe 4(2) de la Loi prévoit que les juges de la Cour suprême doivent être nommés par le gouverneur en conseil, par voie de lettres patentes. L'article 5 de la Loi dispose que toute personne qui est ou a été juge d'un tribunal supérieur d'une province ou avocat inscrit depuis au moins dix ans au barreau d'une province peut être nommée juge à la Cour suprême. L'article 6 exige qu'au moins trois des juges de la Cour suprême viennent du Québec. Par convention, trois juges viennent de l'Ontario, deux, de l'Ouest et un, du Canada atlantique. Les juges sont nommés à titre inamovible et ne peuvent être démis que par le gouverneur général, sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes. L'âge de la retraite obligatoire des juges de la Cour suprême est de soixante-quinze ans.

## LA PROCÉDURE DE NOMINATION ACTUELLE

Le ministre de la Justice s'est adressé au Comité le 30 mars 2004 pour expliquer publiquement et pour la première fois comment on sélectionne les juges de la Cour suprême. Dans ses remarques, il a décrit la procédure comme « pas tant secrète que ... peu connue ». Il a donc entrepris, au nom des principes de transparence et de responsabilité, de décrire au Comité le protocole de consultation actuellement employé pour sélectionner les membres de la Cour suprême. Comme c'est la branche exécutive du gouvernement qui est chargée de sélectionner les juges de la Cour suprême, elle procède à une consultation très large.

Le ministre a déclaré que la consultation passe par deux étapes principales. Dans un premier temps, le ministre dresse la liste des candidats éventuels. Ces candidats sont généralement des juges de cours d'appel provinciales, quoiqu'il soit également possible de choisir des membres chevronnés du barreau ou du secteur universitaire. Toute personne intéressée peut aussi proposer une candidature. Le ministre consulte tout spécialement les personnes suivantes lorsqu'il dresse la liste des candidats : le juge en chef de la Cour suprême du Canada et parfois les juges puînés, les juges en chef du tribunal de la province ou de la région déplorant une vacance à la Cour suprême, les procureurs généraux de cette province ou région et au moins un membre chevronné de l'Association du Barreau canadien et du barreau de la région en question. Le juge en chef de la Cour suprême est également consulté au sujet des besoins de la Cour.

Le ministre de la Justice doit ensuite évaluer les candidats. Les critères de nomination peuvent être regroupés dans trois grandes catégories : capacité professionnelle, caractéristiques personnelles et diversité. La capacité professionnelle englobe non seulement la connaissance du droit, mais aussi les considérations suivantes :

- Des compétences supérieures en matière d'analyse et de rédaction;
- L'aptitude à écouter et à garder l'esprit ouvert;
- L'esprit de décision et la capacité de rendre des jugements solides;
- La capacité de gérer et de partager une lourde charge de travail dans un climat de collaboration;
- La capacité d'affronter le stress et les tensions associés à l'isolement du rôle de juge;
- La conscience du contexte social;
- La capacité bilingue; et
- L'expertise juridique propre aux besoins éventuels de la Cour suprême.

Pour faciliter l'évaluation de la capacité professionnelle, le ministère de la Justice dresse le profil jurisprudentiel des candidats. Ces profils permettent de retracer les décisions judiciaires des candidats en fonction de leur valeur de précédent et de l'issue des appels de leurs décisions.

Le ministre de la Justice se penche également sur les caractéristiques personnelles des candidats. Ces caractéristiques devraient notamment être les suivantes : éthique personnelle et professionnelle impeccable, honnêteté, intégrité et franchise, respect et considération à l'égard d'autrui, patience, courtoisie, tact, humilité, impartialité, tolérance, sens des responsabilités, sens commun, ponctualité et fiabilité. Enfin, le ministre tient compte de la diversité, car la composition de la Cour doit être un reflet de toute la société canadienne.

Après quoi, le ministre de la Justice discute des candidatures avec le premier ministre. Il a pu aussi avoir des échanges antérieurs avec celui-ci. Un candidat est alors choisi parmi le groupe sélectionné. Le premier ministre recommande à son tour un candidat au Cabinet, et la nomination est effectuée par décret.

## LES MESURES PROVISOIRES PROPOSÉES

Un grand nombre des témoins entendus par le Comité sont d'avis que le Canada est bien servi par sa Cour suprême, qui jouit d'une réputation enviable dans la collectivité juridique internationale. Le Comité a cependant conclu que, quelle que soit la qualité des jugements prononcés par la Cour suprême, le processus de nomination de ses juges est plutôt nébuleux, ou, à tout le moins, méconnu des Canadiens. Cela pourrait même donner l'impression que l'on décide des nominations en se fondant sur des critères impropres. Le Comité reconnaît qu'une plus grande crédibilité à ce chapitre profiterait à la Cour suprême et lui conférerait encore plus de légitimité aux yeux des Canadiens.

La démission inattendue de deux juges de la Cour suprême a forcé le Comité à accélérer ses travaux. Les juges Arbour et Iacobucci sont censés quitter la Cour en juin 2004. Si l'on veut que le tribunal soit composé des neuf juges réglementaires d'ici la séance de l'automne, il faudra nommer deux juges au cours de l'été 2004 afin que ceux-ci aient suffisamment de temps pour se préparer. Compte tenu de ces échéances, il semble que la procédure de sélection des candidats en vue de la dotation de ces postes soit bien enclenchée. Le Comité en a conclu que, si on ne dispose pas suffisamment de temps pour instaurer un nouveau processus à long terme, alors il faudrait mettre en place un processus provisoire pour rendre aussi transparent que possible le choix des deux nouveaux juges.

Selon le processus provisoire recommandé par le Comité afin de combler les vacances actuelles, le ministre de la Justice se présenterait à une séance publique du Comité pour expliquer la procédure de sélection des deux candidats retenus aux postes de juges de la Cour suprême. Durant cette réunion, le ministre expliquerait aux parlementaires et à tous les Canadiens le mode de consultation employé au cours de l'examen des candidats, le genre d'enquête effectuée sur les candidats, et les titres de compétence de ces derniers, sans pour autant dévoiler la teneur des délibérations menées en privé. Il y pourrait indiquer, par exemple, le type d'expertise que la Cour suprême a perdue avec le départ des juges Arbour et Iacobucci et la façon dont les nouveaux juges combleront le vide créé par ces départs. Au cours d'une réunion de ce genre, le Comité s'attendrait à ce que l'on jette plus de lumière sur le processus de nomination et que cela permette de mieux comprendre le travail de la Cour suprême. Si les nominations ont lieu à un moment où les parlementaires sont dans l'impossibilité de se réunir, on pourrait mettre en place un mécanisme permettant au ministre de la Justice de fournir ces explications aux parlementaires et à tous les Canadiens.

**RECOMMANDATION 1**

**Le Comité recommande que le ministre de la Justice comparaisse à l'occasion d'une séance publique du Comité permanent de la Chambre des communes de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, afin d'expliquer le processus de dotation des postes actuellement vacants à la Cour suprême, ainsi que les titres de compétence des deux candidats retenus.**

Lorsque le ministre de la Justice s'est présenté devant le Comité, le 30 mars 2004, et a expliqué le processus de sélection des juges de la Cour suprême, il s'agissait de la première fois que ce processus était rendu public. Les Canadiens venaient d'avoir, pour la première fois, l'occasion d'apprendre qui est consulté au sujet des nominations des juges de la Cour suprême et de connaître les critères d'évaluation des candidats. Le gouvernement du Canada pourrait les informer encore mieux en publiant un document décrivant le processus de consultation.

**RECOMMANDATION 2**

**Le Comité recommande la publication, par le gouvernement du Canada, d'un document expliquant le processus actuel de nomination des juges de la Cour suprême.**

## LES MESURES À LONG TERME PROPOSÉES

Le Comité a entendu un certain nombre de témoins dire qu'il fallait à long terme améliorer le processus de nomination des juges à la Cour suprême. Beaucoup ont exhorté le Comité à faire preuve de prudence et à prendre tout le temps nécessaire pour formuler les changements qu'il voudrait voir apportés au processus de nomination actuel. Le Comité a pris ce conseil au sérieux au moment de formuler ses propositions, et c'est pourquoi les propositions contenues dans le présent rapport devront être étudiées plus à fond.

Certains témoins se sont dit d'avis que l'on devrait accentuer la participation des provinces. Nous avons aussi senti un vif désir de maintenir l'indépendance des juges. Par ailleurs, certains de nos témoins souhaiteraient préserver l'élément de confidentialité que l'on trouve dans le processus actuel, et ce essentiellement pour deux raisons : encourager les meilleurs candidats à se faire connaître et permettre que l'évaluation des candidats soit aussi franche et équitable que possible. De nombreux témoins ont établi une nette distinction entre la transparence du processus et la confidentialité des délibérations.

Le Comité a aussi entendu des témoins parler du système actuel de nomination des juges à la Cour fédérale du Canada et à la Cour canadienne de l'impôt ainsi qu'aux cours supérieures provinciales et territoriales. Selon la procédure établie, les candidats s'adressent directement au Secrétariat des nominations à la magistrature, du Bureau du commissaire à la magistrature fédérale. Chaque candidature est examinée par l'un des seize comités consultatifs sur les nominations à la magistrature qui existent au Canada (on en compte au moins un dans chaque province et territoire). D'après le Commissaire à la magistrature fédérale, ce système de nomination a tout d'abord été instauré pour donner au ministre de la Justice « des conseils objectifs, provenant des diverses sources, à propos des qualités [que les candidats] possèdent pour être nommés juge ».

Chaque comité consultatif est composé de sept membres bénévoles : un représentant du barreau provincial ou de l'association du barreau provincial, un représentant de la section provinciale ou territoriale de l'Association du Barreau canadien, un juge désigné par le juge en chef ou par un autre juge chevronné de la province ou du territoire, un représentant du procureur général ou du ministre de la Justice de la province ou du territoire et trois personnes (profanes) désignées par le ministre fédéral de la Justice. Les membres siègent au comité durant deux ans, et leur mandat n'est renouvelable qu'une seule fois.

Les comités consultatifs procèdent à des évaluations approfondies des candidats qui ne font pas déjà partie de la magistrature, examinant leur dossier et se concertant avec de nombreux membres de la collectivité juridique et de la collectivité non juridique. Les candidats sont évalués en fonction d'un ensemble de critères. Les comités consultatifs classent ensuite les candidats dans l'une des trois catégories suivantes : les candidats « recommandés », les candidats « vivement recommandés » et les candidats « impossibles à recommander ». Ces évaluations sont confidentielles, et seul le ministre de la Justice peut en prendre connaissance et s'en servir pour procéder aux nominations nécessaires.

Le Comité en a conclu qu'il convient d'établir un comité consultatif pour remplacer le processus actuel de consultation mené sous les auspices du ministre de la Justice. Un tel comité serait constitué toutes les fois qu'il y aurait des postes à combler à la Cour suprême. Il commencerait par dresser la liste des candidats de la province ou de la région visée. Les candidatures viendraient du gouvernement du Canada, des provinces et d'autres sources, de candidats intéressés au premier chef ou de personnes souhaitant proposer des candidats. Il importerait surtout, au début de la procédure, de dresser la liste la plus complète possible des candidats, compte tenu d'un éventail de points de vue. Cette procédure devrait permettre de créer un réservoir de candidats extrêmement compétents représentant la diversité canadienne.

Le comité consultatif aurait ensuite à réduire cette liste confidentielle à trois à cinq noms, qu'il communiquerait au ministre de la Justice. Pour dresser cette courte liste, on passerait par un vaste processus de consultation englobant au moins les consultations actuellement entreprises par le ministre de la Justice. À la lumière de nos travaux jusqu'à présent, nous serions enclins à préconiser le recours à une étude de dossier seulement, sans procéder à des entrevues avec les candidats. Il faudra examiner plus longuement le processus de consultation.

Le comité consultatif devrait être composé de gens offrant un large éventail d'opinions tout en demeurant d'une taille suffisamment limitée pour être capable de s'entendre sur les candidats qualifiés. Le Comité estime que le comité consultatif devrait comprendre un représentant de chacune des formations politiques officiellement reconnues à la Chambre des communes, des représentants des provinces, des membres du corps judiciaire et de la profession juridique, ainsi que des profanes. Il y aurait lieu également de demander l'avis du juge en chef du Canada pour connaître les besoins de la Cour. Les délibérations du comité consultatif resteraient confidentielles, afin que la discussion soit aussi large que possible. On devra examiner plus en détail la composition du comité consultatif.

La courte liste serait transmise sous le sceau de la confidence au ministre de la Justice, qui ferait sa recommandation pour le choix définitif. Les responsabilités constitutionnelles actuelles resteraient les mêmes, si bien que le meilleur candidat serait choisi dans cette courte liste confidentielle par le gouverneur en conseil et nommé par

décret. Si le gouverneur en conseil ne désire nommer personne parmi les candidats énumérés sur la liste, le comité consultatif serait requis de dresser une autre liste. Une fois la nomination effectuée, le président du comité consultatif et/ou le ministre de la Justice, seraient invités à se présenter devant le Comité permanent de la Chambre des communes de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, dans le cadre d'une séance publique, et ce pour deux raisons principales : sensibiliser davantage les Canadiens au processus de nomination, fournir au Parlement l'occasion de procéder à un examen attentif.

**À CE MOMENT-CI, VOICI NOS RECOMMANDATIONS (3 À 8) CONCERNANT LE PROCESSUS DE NOMINATION À LONG TERME :**

**RECOMMANDATION 3**

**Le Comité recommande de créer, au besoin, un comité consultatif chargé de dresser et d'évaluer des listes de candidats pour les postes vacants à la Cour suprême du Canada.**

**RECOMMANDATION 4**

**Le Comité recommande que le comité consultatif soit composé d'un représentant de chacune des formations politiques officiellement reconnues à la Chambre des communes, de représentants des provinces, de membres du corps judiciaire et de la profession juridique, ainsi que de profanes.**

**RECOMMANDATION 5**

**Le Comité recommande que le comité consultatif dresse des listes des candidats provenant de diverses sources, dont le gouvernement du Canada, les provinces et d'autres sources pertinentes.**

**RECOMMANDATION 6**

**Le Comité recommande que le comité consultatif procède à ses délibérations en privé et sous le sceau de la confidence, de manière à attirer le plus large éventail possible de candidats et à favoriser une discussion ouverte sur ces candidats au sein du comité consultatif.**

**RECOMMANDATION 7**

**Le Comité recommande que le comité consultatif adresse au ministre de la Justice une courte liste confidentielle des candidats parmi lesquels on pourra choisir un juge à la Cour suprême du Canada.**

**RECOMMANDATION 8**

**Le Comité recommande que, après sélection d'un candidat figurant sur la liste fournie par le comité consultatif et sa nomination par le gouverneur en conseil, le président du comité consultatif et/ou le ministre de la Justice, se présentent devant le Comité permanent de la Chambre des communes de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, afin d'expliquer la procédure de sélection et les titres de compétence du candidat retenu.**

# ANNEXE A
# LISTE DES TÉMOINS

| Organismes et particuliers | Date | Réunion |
|---|---|---|
| **2e SESSION, 37e LÉGISLATURE** | | |
| **Chambre des communes** | 04/11/2003 | 78 |
| Richard Marceau, Charlesbourg—Jacques-Cartier | | |
| **À titre personnel** | 06/11/2003 | 79 |
| Edward Ratushny, professeur, Faculté de droit, Section de common law, Université d'Ottawa | | |
| **3e SESSION, 37e LÉGISLATURE** | | |
| **À titre personnel** | 23/03/2004 | 4 |
| Christopher Manfredi, professeur titulaire, Département des sciences politiques, Université McGill | | |
| Peter Russell, professeur, Science politique, Université de Toronto | | |
| Lorraine Weinrib, professeure, Faculté de droit, Université de Toronto | | |
| Jacob Ziegel, professeur émérite de droit, Faculté de droit, Université de Toronto | | |
| **Ministère de la Justice** | 24/03/2004 | 5 |
| Judith Bellis, avocate générale | | |
| Marc Giroux, conseiller à la magistrature | | |
| **Association du Barreau canadien** | 25/03/2004 | 6 |
| William Johnson, président | | |
| Tamra Thomson, directrice, Législation et Réforme du droit | | |
| **Barreau du Haut-Canada** | | |
| James Caskey, co-président, Comité chargé des relations avec le gouvernement et des affaires publiques | | |
| Julian Porter, co-président, Comité chargé des relations avec le gouvernement et des affaires publiques | | |
| **Barreau du Québec** | | |
| Carole Brosseau, avocate, Service de recherche et législation | | |
| Denis Jacques, avocat | | |

| Organismes et particuliers | Date | Réunion |
|---|---|---|
| **Ministère de la Justice** | 30/03/2004 | 7 |
| Judith Bellis, avocate générale | | |
| L'hon. Irwin Cotler, ministre | | |
| Marc Giroux, conseiller à la magistrature | | |
| **À titre personnel** | 30/03/2004 | 8 |
| Claire L'Heureux-Dubé, juge de la Cour suprême du Canada (retraitée) | | |
| **À titre personnel** | 01/04/2004 | 9 |
| Allan Hutchinson, professeur, Osgoode Hall Law School, Université York | | |
| Peter McCormick, professeur et président, Département de science politique, Université de Lethbridge | | |
| F.L. Morton, professeur, Département de science politique, Université de Calgary | | |
| **Conseil canadien des avocats de la défense** | 20/04/2004 | 10 |
| William Trudell, président | | |
| **À titre personnel** | | |
| Kate Malleson, chargée de cours senior en droit, London School of Economics | | |
| Judith Resnik, professeure de droit Arthur Liman, Université Yale | | |
| **À titre personnel** | 27/04/2004 | 12 |
| Patrick Monahan, doyen, Osgoode Hall Law School, Université York | | |
| **Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale** | 28/04/2004 | 13 |
| David Gourdeau, commissaire à la magistrature fédérale | | |
| Margaret-Rose Jamieson, secrétaire des nominations à la magistrature | | |

# ANNEXE B
# LISTE DES MÉMOIRES

Association des avocats noirs du Canada

Association du Barreau canadien

B.C. Civil Liberties Association

Barreau du Haut-Canada

Barreau du Québec

Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale

Conseil canadien des avocats de la défense

Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada

Hogg, Peter

Indigenous Bar Association

Monahan, Patrick

Morton, F.L. (Ted)

Nystrom, L'hon. Lorne

Pongray, Michael

Resnik, Judith

Russell, Peter

The Advocates' Society

Wells, Peter E.J.

Ziegel, Jacob S.

Un exemplaire des procès-verbaux pertinents (*séances n$^{os}$ 78 et 79 de la 2$^{e}$ session, 37$^{e}$ législature, et les séances n$^{os}$ 4 à 16 de la 3$^{e}$ session, 37$^{e}$ législature*) est déposé.

Respectueusement soumis,

*Le président*

Derek Lee, député

# RÉFORME DU PROCESSUS DE NOMINATION DES JUGES DE LA COUR SUPRÊME

## RAPPORT DISSIDENT

**GARRY BREITKREUZ, DÉPUTÉ**
**CHUCK CADMAN, DÉPUTÉ, VICE-PRÉSIDENT**
**PETER MACKAY, DÉPUTÉ**
**KEVIN SORENSON, DÉPUTÉ**
**VIC TOEWS, DÉPUTÉ**

**5 mai 2004**

Le Parlement et les assemblées législatives ne sont plus seuls responsables de l'élaboration de la politique juridique, si tant est qu'ils l'aient jamais été. Les tribunaux jouent aujourd'hui un rôle directeur en la matière, obligeant souvent le Parlement et les assemblées à réagir à leurs décisions en acceptant ou en contrant leurs interprétations de la loi.

Le Parlement et les tribunaux, notamment la Cour suprême du Canada, sont parfois considérés comme des partenaires et des collaborateurs dans l'élaboration du droit et de la politique juridique. Les parlementaires, eux, sont comptables aux Canadiens de leur participation à ce partenariat. En revanche, les juges de la Cour suprême n'ont pas de comptes à rendre, du moins dans la mesure où ils ne sont pas assujettis au processus électoral.

Le Parti conservateur du Canada (PCC) ne croit pas que les huit recommandations formulées par le Comité dans son rapport principal soient suffisantes. Il soutient que le processus de nomination des juges de la Cour suprême, à commencer par les deux prochains, doit être plus transparent. C'est pourquoi il formule les recommandations suivantes concernant toutes les futures nominations à la Cour suprême du Canada.

**RECOMMANDATION 1**

**Les provinces et les territoires doivent pouvoir contribuer concrètement à l'établissement d'une liste de candidats qualifiés à la Cour suprême du Canada. La contribution des provinces et des territoires à ce stade peut être confidentielle et n'a pas besoin d'être rendue publique.**

**RECOMMANDATION 2**

**Une liste restreinte des candidats doit être soumise à l'examen public d'un comité parlementaire.**

**RECOMMANDATION 3**

**Le candidat retenu doit être ratifié par le Parlement. Les modalités de ratification ne doivent pas empiéter sur le droit constitutionnel du gouverneur en conseil à effectuer la nomination.**

**RECOMMANDATION 4**

**La législation doit être modifiée de façon à imposer le processus de nomination.**

# OPINION DISSIDENTE DU BLOC QUÉBÉCOIS

## POUR EN FINIR AVEC LA DISCRÉTION ABSOLUE

Le 1er octobre 2003, la Chambre des communes adoptait à l'unanimité la motion M-288 parrainée par le député de Charlesbourg / Jacques-Cartier, Richard Marceau, afin « *Que le Comité permanent de la justice et des droits de la personne étudie le processus de nomination des juges aux cours d'appel et à la Cour suprême du Canada.* » Il est intéressant de noter qu'au début du débat, le 6 mai 2003, le Parti libéral s'était opposé mais a subséquemment changé d'avis.

Ce changement diamétral est dû à la pression populaire exercée sur les libéraux afin de rendre plus transparent le processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada et aux cours d'appel.

Ce débat n'est pas nouveau au Canada, mais son urgence s'amplifie. Non seulement doit-il y avoir justice, mais aussi apparence de justice. Or, le processus actuel de nomination à la magistrature entre en conflit direct avec ce principe et l'apparence de justice s'en trouve ainsi diminuée. Il appartient, dans une certaine mesure, aux parlementaires, de favoriser la confiance du public dans nos institutions et le système judiciaire n'échappe pas à cette mission. Si l'on considère l'importance accrue du rôle des tribunaux aujourd'hui, notamment en raison de leurs fonctions accrues ne serait-ce que par le recours à la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, ou encore pour leur implication dans certains débats sociaux comme le mariage entre conjoints de même sexe, les revendications autochtones, la décriminalisation de la marijuana, etc, il nous faut à tout prix éviter d'apparenter le judiciaire au politique.

Il s'agit là d'un argument de taille militant en faveur d'une révision et d'une démocratisation du processus de nomination des magistrats. Le processus de nomination des juges se doit d'être objectif et exempt de tout soupçon de partialité politique.

D'ailleurs, comme l'affirmait le professeur Peter Russell le 23 mars 2004, « le Canada est la seule démocratie constitutionnelle dans laquelle le leader du gouvernement possède un pouvoir discrétionnaire absolu lorsqu'il s'agit de décider qui siégera au plus haut tribunal du pays. »[1]

---

[1] RUSSELL, Peter, Réforme du processus de dotation des postes vacants à la Cour suprême du Canada : la formule parlementaire, Mémoire présenté au Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, 23 mars 2004, p. 1.

**Un premier consensus : le processus actuel doit être changé**

À l'heure actuelle, un très large consensus se dessine à l'effet que le processus actuel a besoin d'être modifié. Un témoin a d'ailleurs soutenu que *« le Canada possède actuellement une Cour suprême de type américain et un mode de nomination de type britannique. »*[2]

Certains députés ont d'ailleurs été très surpris du caractère informel de la consultation dans le processus actuel. Bien sûr, le ministre de la Justice consulte, mais il n'en a pas l'obligation. De même, la liste de ceux dont il sollicite l'avis varie à sa guise. Il n'existe aucune règle à suivre et le ministre actuel de la Justice, Irwin Cotler, a causé une certaine surprise en confirmant au Comité, en expliquant le processus actuel, qu'il ne pouvait nous certifier que ce qu'il nous décrivait était suivi à la lettre!

**Un deuxième consensus : un rôle pour les députés**

Puisque les juges sont nommés à titre inamovible jusqu'à l'âge de la retraite obligatoire fixée à 75 ans, et qu'ils peuvent modifier substantiellement le cadre légal de l'État en abrogeant ou en rendant inopérantes certaines lois votées par le Parlement, la majorité des témoins est d'avis que les députés devraient être formellement impliqués dans le processus d'examen des nominations. Il importe donc de déterminer non pas si les parlementaires doivent avoir ce rôle, mais bien la portée et l'étendue de ce rôle.

**Un troisième consensus : un rôle pour les provinces**

Le rôle ou le droit de regard formel des provinces dans la composition du plus haut tribunal canadien suscite aussi des observations consensuelles de la part des témoins. Cet élément s'appuie fondamentalement sur la prémisse selon laquelle il arrive fréquemment que le gouvernement fédéral soit considéré à la fois comme juge et partie.

En effet, dans un débat sur le partage des compétences (inévitable dans un régime fédéral), le fait que les juges soient nommés à la discrétion du premier ministre fédéral constitue une entorse au principe énoncé précédemment de la justice et de l'apparence de justice. Le professeur Jacob Ziegel est on ne peut plus clair à cet égard : *« le premier ministre est en conflit lorsqu'il comble une vacance à la Cour suprême. C'est que le gouvernement fédéral est la partie qui plaide le plus souvent devant la Cour et que*

---

[2] MORTON, F.L. (Ted), Les nominations à la magistrature depuis l'entrée en vigueur de la Charte au Canada : un système en transition, Mémoire présenté au Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, 1er avril 2004, p. 1.

*le premier ministre est le premier représentant de ce gouvernement impliqué dans le litige.* »[3] C'est de l'évidence même. Qui accepterait de faire trancher un litige l'impliquant par quelqu'un désigné exclusivement par la partie adverse?

**Une note discordante : un processus public ou privé?**

Ce qui semble bien constituer la principale pierre d'achoppement dans ce débat réside dans la pertinence d'élaborer le processus de nomination sur une base entièrement publique ou non. Ceci ramène immédiatement à l'esprit l'exemple américain.

Les audiences sénatoriales lors des nominations des juges Robert Bork et Clarence Thomas à la Cour suprême des États-Unis ont marqué les esprits de manière particulièrement négative.

Plusieurs sont aussi d'avis que des audiences publiques pourraient écarter du processus des candidats de grande valeur qui ne souhaiteraient pas être soumis à de tels interrogatoires, pour des raisons personnelles, bien sûr, mais aussi pour des considérations fondamentalement professionnelles. En effet, nous pouvons facilement imaginer le tourment ressenti par un avocat associé d'une grande étude à l'idée que ses partenaires apprennent qu'il songe à quitter la pratique.

D'une perspective différente, la population a le droit d'en connaître davantage sur les juges que leurs seules compétences juridiques. Parce que chaque magistrat développe une approche personnelle du droit, il est logique de croire que certaines questions plus délicates, d'ordres social ou philosophique, pourraient ne pas être interprétées de la même façon, selon l'appartenance idéologique du juge.

D'autres sont d'avis qu'on est en droit de s'attendre d'une personne qui occupera une charge aussi importante que celle de juge à la Cour suprême qu'elle justifie sa pensée ou du moins qu'elle la défende publiquement. De ce fait, il serait sain que l'examen des candidatures se fasse dans un climat, bien encadré, de confrontation, de débat. Il s'agirait alors de définir adéquatement le cadre de l'interrogatoire et fixer les balises du raisonnable.

**Alors, quelle solution?**

Une province (ou une région, selon le cas) pourrait soumettre une liste de candidats potentiels à la magistrature et à partir de laquelle, obligatoirement, s'effectuera la nomination. Nous éviterons de ce fait une nomination unilatérale du gouvernement fédéral.

---

[3] ZIEGEL, Jacob, Déclaration du professeur Jacob Ziegel devant le Comité de la justice de la Chambre des communes sur le processus de sélection en vue de nominations à la Cour suprême du Canada, mardi 23 mars 2004, p. 2.

Le Bloc dénonce vivement l'obstination des députés du Parti libéral du Canada à refuser cette nouvelle proposition. Il importe de souligner qu'il s'agit là d'une requête formelle du gouvernement du Québec, d'ailleurs récemment réitérée par le premier ministre Jean Charest, qui dirige le gouvernement le plus fédéraliste de l'histoire récente du Québec. À ce titre, il rappelait la position déterminée par son ministre des Affaires intergouvernementales canadiennes, Benoît Pelletier, alors qu'il présidait le Comité spécial du Parti libéral du Québec sur l'avenir politique et constitutionnel de la société québécoise : « *on pourrait prévoir que les provinces seraient appelées à soumettre des listes de candidats au gouvernement du Canada, à partir desquelles celui-ci effectuerait les nominations à la Cour suprême.* »[4]

Bien entendu, la Cour suprême devra maintenir son ratio de trois juges du Québec.

Quant à la participation des députés, on pourrait l'inclure dans la formation d'un comité consultatif présidé par le juge en chef de la Cour suprême visant à analyser les candidatures. La composition de ce comité pourrait inclure un député de chacune des formations politiques reconnues à la Chambre des communes, d'un délégué du Barreau de la province (ou des Barreaux des provinces de la région) concernée, du juge en chef de la province (ou des juges en chef des provinces de la région) concernée et de deux membres représentant le public, indépendants de la communauté juridique.

Le comité pourrait ainsi passer en revue les candidatures, par dossier ou par le biais d'entrevue à huis-clos si besoin est, et soumettre ses recommandations au premier ministre. La participation des membres du public assurerait ainsi la diffusion d'un point de vue extérieur au domaine du droit.

Le premier ministre prendra alors la décision de choisir une candidature à partir de la courte liste dressée par le comité consultatif. Le président de ce comité et le ministre de la Justice feront rapport publiquement de la nomination au Comité permanent de la Justice de la Chambre des communes.

De plus, puisque conformément à la *Loi sur la Cour suprême du Canada*, le quorum de la Cour est fixé à cinq juges, il nous apparaît opportun de combler les deux vacances effectives en juin 2004 selon le processus décrit précédemment, même si cela devait occasionner un délai supplémentaire.

---

[4] Comité spécial du Parti libéral du Québec sur l'avenir politique et constitutionnel de la société québécoise, Rapport final « Un projet pour le Québec affirmation, autonomie et leadership », octobre 2001.

## En conclusion

Le système judiciaire et l'administration de la justice occupent une place cruciale et fondamentale dans le développement d'un État démocratique. Ce système est encore plus essentiel dans un régime fédéral comme le Canada, notamment en raison de sa Charte des droits. La proposition énoncée précédemment reflète cette particularité et répondrait adéquatement aux impératifs de transparence, de rigueur, de démocratie, de participation des parlementaires et des constituantes de la fédération, en l'occurrence les provinces.

Le climat politique tend à favoriser une démocratisation des institutions et cela passe nécessairement par un mécanisme audacieux de modernisation. Il est plus que temps d'en finir avec la vétuste discrétion absolue des pouvoirs de l'exécutif et en ce sens le pouvoir exclusif du premier ministre dans la nomination des juges à la Cour suprême, et aux cours d'appel, n'a tout simplement plus sa place. L'occasion de moderniser le régime s'offre à nous, saisissons-là!

# OPINION DISSIDENTE DU NOUVEAU PARTI DÉMOCRATIQUE RÉFORME DE LA PROCÉDURE DE NOMINATION DES JUGES À LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Le NPD est en désaccord avec plusieurs aspects du Rapport du Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile sur la réforme de la procédure de nomination des juges à la Cour suprême du Canada, principalement en ce qui a trait à l'amélioration du processus pour le rendre plus ouvert, plus transparent et plus démocratique, et la communication de détails supplémentaires sur le fonctionnement des processus adoptés à court et à long terme.

## 1. Le caractère constitutionnel de la réforme

Dans la partie du Rapport traitant du « Contexte juridique », on a omis de faire état du débat menant à l'établissement des paramètres d'ordre constitutionnel d'une éventuelle réforme. Voici, en bref, les arguments avancés :

L'article 4 de la *Loi sur la Cour suprême* précise que la nomination des juges se fait par le gouverneur en conseil. Cette loi ne fait pas partie de la Constitution canadienne, mais il est indiqué au paragraphe 41*d)* de la *Loi constitutionnelle de 1982* que toute modification apportée à « la composition de la Cour suprême du Canada » nécessite le consentement de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province et, au paragraphe 42*d)*, que toute modification à la « Cour suprême du Canada » doit se faire par voie de résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces. Cela semble signifier que toute modification substantielle de la *Loi sur la Cour suprême* nécessitera une modification de la Constitution. Cependant, cette question soulève une discussion théorique. En effet, il n'est même pas certain que les articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* puissent s'appliquer à la *Loi sur la Cour suprême*, puisqu'ils sont censés s'appliquer uniquement à la Constitution canadienne et que la *Loi sur la Cour suprême* ne fait pas partie techniquement de la Constitution.

Ironiquement, seule la Cour suprême du Canada pourrait dénouer l'impasse à ce sujet. On peut cependant supposer que toute modification à la *Loi sur la Cour suprême* doit nécessairement s'accompagner d'une modification de la Constitution. Cela signifie que les décisions ultimes concernant les nominations doivent demeurer du ressort du gouverneur en conseil. Par conséquent, on peut présumer du caractère inconstitutionnel

des suggestions telles que celles concernant la tenue d'audiences de confirmation obligatoires par le Parlement ou encore l'attribution au Parlement d'un droit de veto en la matière. Le présent document se fonde sur cette hypothèse et sur le fait qu'on n'a jamais résolu tout l'aspect constitutionnel de cette question.

## 2. Comparution du ministre de la Justice devant le Comité de la justice

Nous convenons que le ministre de la Justice devrait comparaître devant le Comité de la justice afin d'expliquer le processus de consultation qui a été suivi et les raisons d'avoir choisi un candidat plutôt qu'un autre, dans le cadre soit de la procédure provisoire adoptée pour les deux prochaines nominations, soit encore de la procédure à long terme faisant appel à un comité consultatif qui sera éventuellement mise en place.

Cependant, nous insistons pour que le ministre comparaisse **avant même que le gouverneur en conseil procède à la nomination,** et non *après*, afin qu'il soit toujours possible de faire marche arrière si le Comité s'aperçoit que le ministre n'a pas suivi la procédure établie ou n'a pas fait montre d'une diligence raisonnable dans le choix du candidat ou de la candidate retenu(e). Si le ministre devait comparaître après les faits, le Comité ne pourrait pas changer quoi que ce soit à la nomination, parce que les juges sont nommés « à titre inamovible ». Nous reconnaissons que le gouverneur en conseil est la personne désignée dans la Constitution pour nommer les juges de la Cour suprême, et donc que le Comité ne peut jouer auprès de ce dernier qu'un rôle consultatif, mais il est très important que le gouverneur en conseil reçoive l'avis du Comité avant les faits afin de pouvoir faire un choix éclairé.

En permettant ainsi au Parlement d'infléchir légitimement le processus de nomination lorsque les circonstances l'exigent, on rendrait ce processus plus démocratique.

Quelqu'un a laissé entendre qu'une comparution du ministre avant la nomination risque de retarder le processus si on doit procéder à une nomination pendant que le Parlement est en congé. Cette situation pourrait se présenter advenant la tenue d'une élection en juin 2004. Cependant, si cela devait arriver, le premier ministre pourrait simplement former un comité spécial de parlementaires appelé à jouer temporairement le rôle de Comité de la justice. Le moment choisi pour procéder à des nominations ou à une élection fédérale ne devrait pas constituer un obstacle à la démocratisation du processus de nomination.

## 3. Composition et fonctionnement du comité consultatif

Nous pensons qu'il faut préciser davantage la composition et le fonctionnement du comité consultatif qui sera chargé de la sélection préliminaire des candidats possibles à un poste de juge de la Cour suprême. Même s'il est indiqué dans le rapport que cette

question mérite d'être examinée plus à fond, il serait irréaliste de croire que le Comité de la justice y prêtera attention dans un avenir rapproché, d'où l'importance capitale de définir certains paramètres à l'intention du comité à cette étape-ci.

Premièrement, il faut que les parlementaires faisant partie du comité consultatif soient des députés, et non des sénateurs, puisque l'inclusion de parlementaires au sein de ce comité a pour but de rendre plus démocratique le processus de nomination et que la présence de sénateurs non élus par la population ne répondrait pas à cet objectif.

Deuxièmement, il est essentiel de compter sur des représentants provinciaux, mais il faut préciser que ceux-ci doivent provenir de la province ou région d'origine des candidats. La présence de représentants de chaque province ne ferait qu'augmenter inutilement la taille du comité.

Troisièmement, il faudrait préciser que les décisions du comité n'auront pas besoin d'être unanimes, mais majoritaires. En exigeant un consentement unanime, on se trouverait à accorder un droit de veto sur le choix des candidats à chaque formation politique, voire même à chaque membre du comité, ce qui n'est ni souhaitable ni démocratique.

**4. Révision du processus faisant appel à un comité consultatif**

Le NPD tient à souligner que les mesures prises actuellement par le gouvernement pour réformer le processus de nomination des juges de la Cour suprême ne sont pas nécessairement coulées dans le béton. Nous pensons que la création d'un comité consultatif est une mesure nécessaire, constructive et depuis longtemps attendue. Nous sommes aussi d'avis qu'il serait prématuré à l'heure actuelle d'apporter des changements plus profonds au processus.

Nous ne voulons pas, comme d'autres le souhaiteraient sans doutent, que l'on fasse quoi que ce soit qui risque d'empêcher les juges de rendre des décisions impartiales et indépendantes, qui rende le processus vulnérable aux manoeuvres politiques ou qui le transforme en un cirque politique à l'américaine.

Nous estimons cependant qu'il est important de souligner la nécessité de surveiller attentivement le fonctionnement du système que l'on s'apprête à mettre en place, afin de s'assurer qu'il répond à l'objectif de départ, soit de rendre le processus de nomination plus transparent, plus démocratique et plus compréhensible pour les Canadiens. Si tel n'est pas le cas, alors il faudra revoir le processus sans tarder et prendre des mesures pour se doter graduellement d'un processus de nomination plus ouvert, plus transparent et plus accessible.

Voilà pourquoi nous insistons pour que le Comité de la justice revoie le processus à long terme faisant appel à un comité de consultation immédiatement après qu'on l'aura étrenné pour le choix d'un juge de la Cour suprême. Le Comité pourrait alors évaluer le fonctionnement du processus et apporter les modifications nécessaires, ou encore concevoir un tout nouveau processus qui saurait mieux exprimer les valeurs démocratiques que l'on s'efforce de défendre.

Ottawa, le 5 mai 2004
Lorne Nystrom, député
Porte-parole du NPD
en matière de justice

# PROCÈS-VERBAL

Le mardi 4 mai 2004
(*Séance n° 16*)

Le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile se réunit aujourd'hui à huis clos à 15 h 58, dans la pièce 308 de l'édifice de l'Ouest, sous la présidence de Derek Lee, président.

*Membres du Comité présents* : L'hon. Sue Barnes, L'hon. Yvon Charbonneau, L'hon. Paul DeVillers, L'hon. Stéphane Dion, Derek Lee, L'hon. Lawrence MacAulay, John Maloney, Richard Marceau, L'hon. Lorne Nystrom et Paddy Torsney.

*Aussi présents* : *Bibliothèque du Parlement* : Philip Rosen, analyste principal; Robin MacKay, analyste.

Conformément à l'article 108(2) du Règlement, le Comité reprend l'étude sur le processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada.

Il est convenu, — Que le Comité autorise l'impression des opinions dissidentes et/ou complémentaires en annexe au présent rapport, pourvu que le texte des opinions soit limité à sept (7) pages au plus et soit reçu par le greffier, par courrier électronique, dans les deux langues officielles, au plus tard à 18 h 00 le mercredi 5 mai 2004.

Il est convenu, — Que le projet de rapport, tel que modifié, soit adopté.

Il est convenu, — Que le rapport soit intitulé: Améliorer la procédure de nomination des juges de la Cour suprême du Canada.

Il est convenu, — Que, dans la mesure où cela ne modifie pas le contenu du rapport, le président, le greffier et les analystes soient autorisés à apporter au rapport les modifications jugées nécessaires (erreurs de grammaire et de style).

Il est convenu, — Que le Comité fasse imprimer 550 exemplaires du rapport en format bilingue.

Il est convenu, — Que le président ou son substitut présente le premier rapport à la Chambre.

Il est convenu, — Que le Comité entreprenne l'étude du projet de loi C-19 la semaine prochaine.

À 17 h 19, le Comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

Le greffier du Comité

Diane Diotte